

PAWEŁ CZUBIK

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

# Transgraniczny przepływ osób a optymalizacja oczekiwań wynikających z rozwiązań cywilnoprawnych (przykłady wybrane z zakresu obrotu notarialnego)

## Abstract

**Cross-border Movement of Persons in Order to Optimize Expectations Resulting from Civil Law Solutions (Examples Selected from the Scope of Notarial Deed Turnover)**

The issue, which can be described euphemistically as “notarial tourism”, is the cross-border movement of persons in order to use notarial and quasi-notarial services provided by foreign authorities outside the borders of the Polish state. In practice, it is possible to notice the behaviour of clients or potential clients of a Polish notary public, who deliberately place an activity or a significant determinant influencing the shape of activities in a foreign country. Consideration of this text concerns three selected issues in this respect observed in the practice of Polish notaries.

**Keywords:** cross-border movement of persons, notarial turnover

**Słowa kluczowe:** transgraniczny przepływ osób, obrót notarialny

## 1. Wstęp

Zagadnienie, które określać można eufemistycznie mianem „turystyki notarialnej”, polega na transgranicznym przepływie osób celem skorzystania z usług notarialnych i *quasi*-notarialnych świadczonych przez organy obce poza granicami państwa polskiego. W praktyce zauważyć można zachowania klientów lub potencjalnych klientów polskiego notariusza, którzy w sposób celowy lokują czynność lub istotny determinant mający

wpływ na kształt czynności w państwie obcym. Oczywiście działanie takie podyktowane jest swoistego rodzaju optymalizacją oczekiwań (zasadniczo finansowych<sup>1</sup>) tychże klientów. Niekiedy w rachubę wchodzi przestępczy aspekt podejmowanych działań.

Rozważania niniejszego tekstu dotyczą trzech wybranych zagadnień obserwowanych w praktyce polskich notariuszy, najczęściej niemających jakiegokolwiek szczególnego wymiaru karnoprawnego. Skupiono się na przykładach dość wyrazistych odnoszących się odpowiednio do prawa rzeczowego, prawa spadkowego i prawa opiekuńczego. Dwa pierwsze z omawianych przykładów stanowiły efekt obowiązywania przepisów kolizyjnoprawnych prawa krajowego – mają one charakter już w zasadzie prawnohistoryczny (choć z ich skutkami polskie sądy i notariusze na co dzień spotykają się wciąż w swojej praktyce). W pierwszym z nich zmiana stanu prawnego stanowiła rezultat celowego zabiegu ustawodawcy krajowego, w wypadku drugim zmiana wynikała z wejścia w życie rozwiązań prawa Unii Europejskiej. W wypadku trzecim – kształt rozwiązania prawnego skutkujący swoistą „turystyką notarialną” wynika z przepisów umowy międzynarodowej (której postanowienia zostały wprost zastosowane w prawie krajowym – również w odniesieniu do stanu prawnego związanego z państwem, które nie jest stroną tej umowy). Każde z analizowanych zjawisk dowodziło lub dowodzi jednoznacznie pewnego defektu prawa krajowego w zakresie analizowanej materii i mogło lub może stanowić bodziec do ewentualnej zmiany. Osoby jednoznacznie wybierają bowiem rozwiązania obce ze względu na ich odformalizowanie lub korzyści finansowe.

## 2. Forma czynności prawnej w świetle art. 12 ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. jako przyczyna transgranicznego ruchu osobowego

16 maja 2011 r. weszła w życie ustawa prawo prywatne międzynarodowe<sup>2</sup>, która zastąpiła rozwiązanie ustawowe obowiązujące od 1965 r.<sup>3</sup> Zastąpienie dotychczasowej ustawy stanowiło przedmiot troski środowiska notarialnego już od połowy lat 2000<sup>4</sup>. Związane było to z rozwiązaniami w zakresie formy czynności prawnej, wynikającymi wprost z przepisów ustawy z 1965 r., które wykorzystywano ewidentnie w sposób omijający polskiego notariusza jako osobę zaufania publicznego niezbędną do nadania umowie przeniesienia własności położonej w Polsce nieruchomości formy aktu

---

<sup>1</sup> Choć nie tylko, przyczyną może być nadmierna „biurokratyzacja” czynności wiążącej się z koniecznością zapewnienia dodatkowych czynników formalnych, które uprzednio należy wypełnić, podczas gdy w innej jurysdykcji procedura ta jest odformalizowana.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (tekst pierwotny: Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432 ze zm., tekst jednolity: Dz.U. z 2015 r., poz. 1792 ze zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1965 r. Nr 46, poz. 290 ze zm.).

<sup>4</sup> Zob. *Zagwarantowanie bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami oraz ochrona wpływów budżetowych poprzez ustanowienie wyłączności polskiego notariusza*, red. Z. Klejment, Kraków 2007, *passim*.

notarialnego wymaganej w świetle prawa polskiego. Zgodnie z artykułem 12 ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. czynność była skuteczna co do formy, gdy spełniała wymogi prawa dla niej właściwego (*lex causae*) lub prawa miejsca jej dokonania (*lex loci actus*). Ustawa ta nie przewidywała normy szczególnej, która odnosiłaby się do strony formalnej czynności dotyczących nieruchomości znajdujących się w Polsce. Oznaczało to, że możliwe było przeniesienie własności nieruchomości położonej w naszym kraju, z ominięciem wymaganej przez prawo polskie formy aktu notarialnego, jeżeli czynność taka dokonana została poza granicami Polski, w formie właściwej z punktu widzenia prawa miejsca dokonania czynności (np. w formie urzędowego poświadczenia podpisu pod umową pisemną).

Obowiązywanie tego rozwiązania w ustawie przez ponad 30 lat nie wywoływało jednakże niekorzystnych zjawisk społecznych. Wynikało to z dwóch czynników. Po pierwsze, w okresie PRL transgraniczny ruch osobowy był niewielki, a jako taki nie generował zwiększonego transgranicznego obrotu prawnego (czynnik faktyczny). Po drugie, czynnik miał już charakter po części jurydyczny. Konstrukcja przepisów konsularnych<sup>5</sup> (należy pamiętać bowiem, że dokument odzwierciedlający treść czynności dotyczących przeniesienia własności nieruchomości podlega zasadniczo, zgodnie z art. 1138 k.p.c., wymogowi legalizacji konsularnej<sup>6</sup>) wskazywała na konieczność zachowania formy aktu notarialnego w wypadku czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości położonej w Polsce (czynnik po części jurydyczny). W praktyce takiej formy nie uzyskiwano, dokument odzwierciedlający treść czynności nie mógł być użyty w Polsce, co czyniło w istotnym zakresie artykuł 12 p.p.m. rozwiązaniem martwym.

Od wejścia w życie nowej Konstytucji RP<sup>7</sup> przepisy resortowe rangi zarządzeniowej i niższej utraciły rację bytu jako źródło powszechnie obowiązującego prawa. W tym momencie wskutek usunięcia ograniczeń resortowych artykuł 12 p.p.m. z 1965 r. rozkwitł w swej normatywnej pełni, co szybko odnotowało orzecznictwo sądowe<sup>8</sup>. Szybko też stał się przedmiotem nadużyć<sup>9</sup> – a skala zjawiska nie była znikoma. Dokonywanie czynności poza granicami RP dawało bowiem stronom spore oszczędności w zakresie taksy notarialnej oraz należnych podatków. Umożliwiała także pranie brudnych pieniędzy, gdyż sądy, którym przedstawiano, celem dokonania wpisu w księgach wieczystych, zagraniczne dokumenty, nie miały jakichkolwiek obowiązków raportowania o dokonanych transakcjach do GIIF. Tło kryminale nie było wydaje się w tym wypadku dominujące.

„Turystykę notarialną” w tym zakresie wyeliminowało dopiero wejście w życie nowej ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. (choć w drobnym zakresie

<sup>5</sup> Zob. P. Czubik, *Czy możliwe jest ograniczenie zastosowania art. 12 ppm w związku z funkcjami legalizacyjnymi konsula RP w przypadku dokonanej zagranicą czynności dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2005, t. 3, s. 106–118.

<sup>6</sup> Od 2005 r., tj. daty przystąpienia Polski do konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz.U. z 2005 r. Nr 938, poz. 112), wymóg ten w istotnym zakresie podmiotowym (stronami konwencji jest 112 państw) został zastąpiony wymogiem certyfikacji dokumentu klauzulą *apostille*.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>8</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 20 stycznia 1998 r. (I CKN 345/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 137).

<sup>9</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2004 r. (I CK 39/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 33).

odnoszącym się do czynności *inter absentes* orzecznictwo sądowe już wcześniej przychyliło się do zmiany w pełni liberalnej interpretacji art. 12 p.p.m.<sup>10</sup>).

Obecnie zgodnie z art. 25 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. dokonanie czynności rozporządzającej polską nieruchomością zgodnej co do formy z obcym prawem *loci actus*, a niezgodnej z prawem polskim jako *lex causae*, jest w świetle obowiązujących RP przepisów kolizyjnych niemożliwe<sup>11</sup>. Jednakże oczywiście skuteczne formalnoprawnie pozostają czynności takie dokonane przed 16 maja 2011 r. Na rezultaty tego typu czynności niejednokrotnie napotykają polscy notariusze badający podstawy wpisu do ksiąg wieczystych na potrzeby bieżących czynności notarialnych. Konsekwencje „turystyki notarialnej” sprzed maja 2011 r. są więc ciągle widoczne.

### 3. Wybór przez cudzoziemca prawa polskiego w testamencie a ruch osobowy do Polski

Zgodnie z przepisami art. 64 ust. 1 ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. (w brzmieniu obowiązującym do 17 sierpnia 2015 r.) spadkodawca mógł wybrać jako właściwy dla sprawy spadkowej jeden z kilku porządków prawnych. Możliwość wyboru była dość spora. Sprawa spadkowa mogła być poddana prawu ojczystemu (prawo to w chwili śmierci właściwe było także w razie braku wyboru), prawu miejsca swojego zamieszkania albo prawu miejsca swojego zwykłego pobytu w chwili dokonania tej czynności lub z chwili śmierci. Taka konstrukcja dawała również możliwość wyboru przez obywatela obcego zamieszkałego w Polsce prawa polskiego jako właściwego dla sprawy spadkowej. W niektórych wypadkach, gdy spadkodawca mógł zastosować rozwiązania polskiego prawa spadkowego, odnoszące się do przedmiotów wchodzących w skład spadku położonych w Polsce, zasadne było dokonanie takiego wyboru. Wybór taki i następnie ujęcie w testamencie jedynie zapisu windykacyjnego niekoniecznie przy tym miał wpływ na dziedziczenie masy spadkowej w państwach obcych<sup>12</sup>. Sąd polski po otwarciu takiego spadku wskazywał zapisobiercę windykacyjnego przedmiotu spadkowego, odnosząc się (lub nie – jeżeli pozostałe przedmioty spadkowe leżały za granicą w ewidentnej jurysdykcji wyłącznej obcego sądu) do spadkobrania innych osób.

Było to rozwiązanie dość modne pośród obywateli państw skandynawskich lub Niemców prowadzących odpowiednio w strefie nadmorskiej lub przyległej do granicy zachodniej nieformalnie drugie, zwykle weekendowo-urlopowe życie, i pragnących

---

<sup>10</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 17 października 2008 r. (I CSK 153/08, opublikowane w bazie Legalis).

<sup>11</sup> Nie wpływa to negatywnie na obrót prawny – art. 25 ust. 2 nie ma bowiem zastosowania do pełnomocnictw, które ustanowione co do formy zgodnie z prawem *loci actus* wywołują skutki prawne w Polsce.

<sup>12</sup> Które to państwa mogły po prostu takiego wyboru nie uznawać, a testament składający się jedynie z zapisu windykacyjnego, odnoszącego się do przedmiotu położonego w innym państwie, nie był brany pod uwagę w postępowaniu spadkowym, które toczyło się w państwie obywatelstwa.

*in occulto* przekazać *mortis causa* w formie zapisu windykacyjnego nabyte w Polsce nieruchomości na rzecz najczęściej polskiej (i ukrytej przed sformalizowaną germańską połowicą swojego życia) opiekunki tegoż ogniska domowego. Czynności tego typu nie stanowiły w krajowym obrocie notarialnym rzadkości, Polska zaś stanowiła swoisty cel turystyki testamentowej cudzoziemców.

Wejście w życie rozporządzenia spadkowego nr 650/2012<sup>13</sup> niestety skomplikowało istniejącą praktykę, która, jak nietrudno zauważyć, była korzystna zarówno dla polskich notariuszy (koncentrujących czynności testamentowe z pogranicznych państw<sup>14</sup>), jak i polskich sądów (mających zgodnie z art. 1108 § 2 w zw. z art. 1110<sup>2</sup> k.p.c. jurysdykcję wyłączną w sprawie spadkowej, jeśli w skład spadku wchodziła polska nieruchomość). Prawem właściwym dla spadku jest prawo miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy w chwili śmierci. Wybór zaś ograniczony jest jedynie do prawa ojczystego (z chwili jego dokonania lub chwili śmierci). Nie ma tym samym możliwości sporządzenia testamentu z wyborem prawa innego niż ojczyste. Prawo ojczyste zaś może nie spełniać oczekiwań w zakresie przewidzianych w nim rozwiązań prawa spadkowego – tym samym sens utraciły czynności testamentowe o charakterze opisanym powyżej.

Jeszcze ciekawsze wydają się skutki już sporządzonych przed 17 sierpnia 2015 r. testamentów w wypadku otwarcia spadku już po tej dacie. Rozporządzenie spadkowe odrębnie odniosło się w tym przypadku do kwestii ważności wyboru prawa właściwego dla dziedziczenia (art. 83 ust. 2) oraz ważności samego rozrządzenia *mortis causa* (art. 83 ust. 3). Wybór prawa będzie ważny, jeżeli jest wyborem prawa ojczystego lub „o ile jest on ważny na podstawie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, które obowiązywały w chwili dokonania wyboru w państwie, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu lub też w którymkolwiek z państw, którego obywatelstwo posiadał”<sup>15</sup>. Można tym samym wyobrazić sobie sytuację, gdy klauzula wyboru prawa nie będzie ważna (choć są one mało prawdopodobne). Zasadniczo samo rozrządzenie testamentowe będzie jednak ważne formalnie i materialnie (choć bez ważności dokonanego wyboru prawa może się okazać oczywiście, że skutki prawne będą inne niż pierwotnie zakładane przez spadkodawcę). Rozporządzenie dość szeroko precyzuje warunki jego ważności, zastrzegając ocenę w tym zakresie m.in. „na podstawie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, które obowiązywały w chwili dokonania rozrządzenia w państwie, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu lub w którymkolwiek z państw, którego obywatelstwo posiadał lub też w państwie członkowskim

---

<sup>13</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz.Urz. UE, L 201 z 27.07.2012, s. 107, ze zm.).

<sup>14</sup> Przyczyna takiej koncentracji była dwojaka. Polska ma prawdopodobnie najniższe w Europie ceny za sporządzenie testamentu w formie aktu notarialnego (zwykły testament to taksa maksymalna w wysokości 50 zł). Ponadto polskie prawo spadkowe przewiduje zapis windykacyjny, który jest ewidentnie pożądanym rozwiązaniem przez obywateli państw obcych, które instytucji tej w swoim prawie nie znają.

<sup>15</sup> Zob. art. 83 ust. 2 rozporządzenia.

organu rozpatrującego sprawę spadkową<sup>16</sup>. Zasadniczo skuteczność tego typu czynności testamentowych dokonanych przed 17 sierpnia 2015 r. będzie zachowana.

W wypadku testamentów sporządzanych przez cudzoziemców po 17 sierpnia 2015 r. przed polskim notariuszem notariusz ów nie będzie już zasadniczo umieszczał w akcie notarialnym wyboru prawa. Wybór ten mógłby być obecnie (zgodnie z art. 22 rozporządzenia 650/2012) jedynie wyborem prawa ojczystego (co *de facto* czyni sporządzanie testamentu przed polskim rejentem mało sensownym). Będzie natomiast mógł przewidzieć w testamencie rozwiązania charakterystyczne dla prawa polskiego, pouczając cudzoziemca, że ich ostateczny rezultat będzie zależeć od prawa właściwego dla dziedziczenia, którym jest prawo zwykłego pobytu spadkodawcy w chwili śmierci. Mówiąc kolokwialnie, testament na pewno „utrzyma się”, jeżeli cudzoziemiec umrze w miejscu zwykłego pobytu w Polsce, a w innym przypadku nie wiadomo. Należy przy tym zwrócić uwagę na to, że rozwiązania rozporządzenia 650/2012 są w tym wypadku mało liberalne (w każdym razie dużo mniej liberalne jak rozwiązania przepisu art. 64 p.p.m. w wersji obowiązującej do 17 sierpnia 2015 r.), a związanie migrującego obywatela europejskiego z prawem państwa zwykłego pobytu może mieć wsteczne skutki. O wiele bardziej nowatorskim rozwiązaniem, które charakteryzowałoby racjonalnego, wizjonerskiego ustawodawcę europejskiego, byłoby wskazanie możliwości wyboru dowolnego prawa spadkowego z porządków prawnych UE<sup>17</sup>. Niosłoby to jednak dodatkowe komplikacje i konsekwencje, których omówienie przekracza ramy niniejszej refleksji.

#### 4. „Wirtualne podróże notarialne z małolatem” – czyli o odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego

Odrzucenie spadku w imieniu osoby małoletniej jest, zgodnie z powszechnym orzecnictwem sądowym<sup>18</sup>, czynnością przekraczającą zakres zarządu majątkiem małoletniego. Nawet obecnie, gdy spadek nabywa się z dobrodziejstwem inwentarza, w razie braku innego oświadczenia spadkobiercy w tym względzie składanie oświadczeń o odrzuceniu spadku nie należy do rzadkości, a skala odrzuceń od czasu zmian prawa spadkowego (eliminujących przyjęcie wprost jako model podstawowy nabycia w razie braku innego oświadczenia we wskazanym terminie) nie zmalała (o ile wręcz nie wzrosła). Widmo konieczności sporządzania spisu czy przynajmniej wykazu inwentarza jest na tyle nieprzyjemne dla spadkobierców, że wolą zadłużony spadek po prostu odrzucić. W konsekwencji takich działań niejednokrotnie okazuje się, że kolejnym spadkobiercą, powołanym do spadku wskutek odrzuceń dokonanych przez wcześ-

<sup>16</sup> Zob. art. 83 ust. 3 rozporządzenia.

<sup>17</sup> Zob. P. Czubik, *Konsekwencje europejskiego rozporządzenia spadkowego (nr 650/2012) dla praktyki notarialnej (zagadnienia dotyczące wyboru prawa właściwego dla dziedziczenia)*, „Rejent” 2013, nr 11, s. 27–47.

<sup>18</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 2005 r., IV CK 20/05.



niejszych spadkobierców, staje się osoba małoletnia. Przedstawiciele ustawowi takiej osoby zmuszeni są wnioskować do polskiego sądu spadku o zgodę na odrzucenie. Z wyjątkiem jednakże sytuacji, gdy zwykły pobyt osoby małoletniej koncentruje się za granicą – w takiej sytuacji właściwe dla materii przedstawicielstwa ustawowego jest prawo obce, a właściwy jurysdykcyjnie do wyrażenia takiej zgody jest sąd obcy lub też, i to stanowi *clou* sprawy, według właściwego prawa zgoda taka na czynności odrzucenia spadku nie jest wymagana. Jeżeli zgoda ta nie jest wymagana, przedstawiciel ustawowy powołuje się przed polskim notariuszem lub sądem na obcą właściwość prawa i jurysdykcji w zakresie przedstawicielstwa opiekuńczego nad małoletnim, wynikającą z miejsca zwykłego pobytu małodłata, później oświadcza, że w świetle tegoż właściwego prawa zgoda ta nie jest wymagana, a następnie składa właściwe oświadczenie o odrzuceniu spadku. Oczywiście zachowanie takie oznacza istotne życiowe ułatwienie w stosunku do stanu rzeczy, który podlega prawu i jurysdykcji polskiej i w konsekwencji konieczności uzyskiwania zgody polskiego sądu opiekuńczego.

Wynika to z przepisów Konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzonej w Hadze w dniu 19 października 1996 r.<sup>19</sup> Przy czym krajowe prawo kolizyjne wskazuje na konieczność zastosowania prawa właściwego wynikającego z przepisów tejże konwencji także w wymiarze uniwersalnym (zob. art. 56 p.p.m. z 2011 r.) – w przypadku gdy państwo, w którym koncentruje się zwykły pobyt małoletniego, nie jest stroną tejże konwencji.

Kwestia ta jest skrzętnie wykorzystywana przez obywateli polskich. Rodzice deklaruja pobyt małoletniego za granicą (oczywiście w państwach, w wypadku których zgoda sądu na odrzucenie nie jest wymagana<sup>20</sup>), celem uniknięcia w gruncie rzeczy najczęściej kuriozalnego co do swojej istoty<sup>21</sup> postępowania sądowego w Polsce<sup>22</sup>. Trudno ocenić, w jakim procencie przypadków pobyt ten rzeczywiście występuje. W dzisiejszej otwartej Europie zasadniczo nie istnieją żadne przeszkody formalne dla koncentracji zwykłego pobytu poza państwem ojczystym. W praktyce notariusz polski przyjmujący oświadczenie o odrzuceniu spadku nie może zażądać jakichkolwiek

<sup>19</sup> Dz.Urz. UE, L 151 z 11.06.2008 r., s. 39; Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1158. Zob. art. 5 i 15 konwencji.

<sup>20</sup> Przykładowo „opłaca się” deklaruować zwykły pobyt małoletniego w Austrii, Czechach czy Niemczech (nie jest tam wymagana zgoda sądu na odrzucenie spadku w imieniu małoletniego – należy jednak pamiętać o innych pułapkach występujących w praktyce, np. w Niemczech przy braku konieczności uzyskiwania zgody sądu wymagana jest jednocześnie reprezentacja łączna obojga rodziców małoletniego). Nie opłaca się natomiast deklaruować takiego pobytu np. we Francji (po pierwsze, ponieważ w prawie francuskim zgoda sądu na dokonanie takiej czynności jest wymagana, a po drugie, sąd udzieli jej często dopiero po przedłożeniu mu spisu / wykazu inwentarza).

<sup>21</sup> Sąd bez spisu inwentarza nie może przeprowadzić rzeczowych badań i ogranicza się do przesłuchania rodzica wnioskującego o zgodę oraz drugiego rodzica. Sensowność utrzymywania takich postępowań z punktu widzenia ekonomiki procesowej jest zerowa.

<sup>22</sup> Jest bardzo mało prawdopodobne, że rodzic będzie działał w ten sposób by skrzywdzić dziecko, co czyni działanie sądu iluzijnym. Stąd należałoby postulować jednoznaczne ujęcie w przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, iż odrzucenie spadku w imieniu małoletniego nie stanowi czynności przekraczającej zwykły zarząd majątkiem małoletniego. W obecnie obowiązujących przepisach kwalifikacja odrzucenia spadku jako takiej czynności wynika z jednoznacznej interpretacji art. 101 § 3 k.r.o.

dowodów na dowiedzenie tej okoliczności, liczba zamieszkałych za granicą małoletnich spadkobierców wzrasta w wypadku, gdy w rachubę wchodzi czynność polegająca na odrzuceniu spadku.

Jedynym przypadkiem utrudniającym tę w większości przypadków fikcyjną emigrację jest sytuacja, w której w skład masy spadkowej wchodzi nieruchomość położona w Polsce – wówczas bowiem, zgodnie z zastrzeżeniem złożonym przez Rzeczpospolitą Polską do konwencji haskiej, wspomniane powyżej przepisy tejże konwencji nie znajdują zastosowania – zaś do odrzucenia spadku imieniem osoby małoletniej właściwe są prawo i jurysdykcja polska (i co się z tym wiąże zgoda sądu polskiego jest wymagana nawet, gdy w wypadku małoletniego deklaruje się miejsce zwykłego pobytu w państwie obcym, którego prawo takiej zgody nie przewiduje).

Wniosek z tego przypadku nasuwa się dość jednoznaczny – należy wyraźnie przewidzieć w prawie polskim możliwość odrzucania spadku w imieniu małoletniego bez zgody sądu. Konieczność uzyskiwania tejże zgody postrzegana jest bowiem jako ewidentnie uciążliwa w praktyce. Uciążliwość ta generuje „zagraniczne lokowanie małoletniego” celem osiągnięcia konkretnych rozwiązań przed polskim notariuszem lub sądem – z braku natomiast realnych możliwości dowiedzenia oświadczenia nieprawdy pobyt ten często jest jedynie „wirtualny”.

## 5. Zamiast zakończenia – o ustawodawcy od podróży wirtualnych – odsłona druga

W toku prac legislacyjnych pojawiają się często zaskakujące schematy. W prawie polskim w ostatnich miesiącach przyjęte zostały w ramach zmian ustawy z 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców<sup>23</sup>, przepisy zmieniające<sup>24</sup> artykuł 8 ust. 1 pkt 4 odnoszący się do braku konieczności uzyskiwania zgody resortu spraw wewnętrznych w razie nabycia nieruchomości przez cudzoziemca w sytuacji, gdy zbywca i nabywca nieruchomości są wobec siebie w stosunku dziedziczenia w rozumieniu prawa ojczystego zbywcy. O ile wcześniejsze rozwiązania wskazywały na właściwość prawa ojczystego zbywcy w celu ustalenia stosunku potencjalnego dziedziczenia po nim nabywcy, o tyle zmiana (zasadniczo) prawa właściwego dla spadku na prawo zwykłego pobytu zmarłego po zastosowaniu europejskiego rozporządzenia spadkowego 650/2012 czyniła ujęcie to nieco dziwnym. Początkowo w toku prac legislacyjnych nad ustawą nowelizującą zdecydowano się więc na zastąpienie określenia „prawo ojczyste” określeniem „prawo właściwe dla dziedziczenia”. Wbrew pozorom jednak takie rozwiązanie, wobec niestabilności łącznika kolizyjnego zwykłego pobytu, najczęściej obecnie właściwego dla dziedziczenia, uczyniło rozwiązanie

<sup>23</sup> Tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 1061 ze zm.

<sup>24</sup> Ustawa o zmianie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 2175).



to potencjalnie spekulacyjnym. O ile bowiem w art. 7 ust. 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców łącznik ten pojawia się jako odnoszący się do dziedziczenia, o tyle w art. 8 ust. 1 pkt. 4 mówimy o czynności *inter vivos*, a sama czynność prawnorzeczowa stanowi zwykle nabycie nieruchomości tytułem darmym (darowizna) lub odpłatnym (kupno–sprzedaż) od osoby, która może być wobec nabywcy potencjalnym spadkodawcą ustawowym. O ile więc łącznikiem zwykłego pobytu trudno spekulować w wypadku czynności *mortis causa*, o tyle *inter vivos* daje on ogromne możliwości tego typu. Tak dalece, jak zwykły pobyt byłby jedynie przedmiotem oświadczenia stron, tak też możliwe byłoby fikcyjne „wirtualne” lokowanie się zbywcy – także po to, by uczynić nabywcę właścicielem bez konieczności ubiegania się o kosztowną zgodę Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Przy czym jako „wirtualny” cel tej podróży zyskiwałyby te państwa, w których potencjalne dziedziczenie ustawowe dotyczy najszerszych kręgów rodzinnych. Należy zauważyć, że oddziaływanie prawa obcego w tym wypadku byłoby o wiele szersze niż w przypadku spadkobrania. W sytuacji spadkobrania ustawodawca, mający do czynienia z dokonaniem stanu faktycznym, musi wziąć pod uwagę przepisy prawa właściwego w całości – w tym również jego przepisy kolizyjne. Ma to *nota bene* istotny wymiar praktyczny – przepisy licznych stanów USA odsyłają bowiem do prawa polskiego jako właściwego w sprawie spadkowej, jeżeli przedmiot spadku leży w Polsce. W wypadku art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców bierze się pod uwagę przepisy materialne właściwego prawa spadkowego, a nie całokształt tego prawa. Nie mamy tu bowiem do czynienia ze stosowaniem prawa (wówczas stosujemy je w całości łącznie z przepisami kolizyjnymi), lecz z oceną występowania stosunku dziedziczenia w świetle tegoż prawa (wtedy do oceny tego stanu rzeczy bierzemy jedynie pod uwagę te przepisy, które odnoszą się do dziedziczenia).

W razie przyjęcia opisanego powyżej rozwiązania niebawem zapewne powstałyby strony internetowe pełne porad określających, jaki zwykły pobyt oświadczyć przed notariuszem, by móc zbyć nieruchomość dalekiemu cudzoziemskiemu krewnemu bez zgody MSWiA. Można nawet twierdzić, że porady te w zasadzie byłyby wręcz po części zbyteczne – wystarczyłoby bowiem zadeklarować dowolne egzotyczne prawo zwykłego pobytu i oświadczyć, że nabywca jest potencjalnie dziedziczącym ustawowo w świetle tego prawa po zbywcy. Zarówno notariusz, jak i, co ciekawe, MSWiA nie byłyby i tak w stanie tego oświadczenia w jakikolwiek sposób zweryfikować, ani w zakresie zwykłego pobytu, ani w zakresie treści prawa obcego. Nie mogą być bowiem stroną postępowania o ustalenie treści prawa obcego z art. 1143 k.p.c.

Projektodawca początkowo zdawał się nie rozumieć ryzyka wystąpienia negatywnych zjawisk, o których mowa powyżej, i skłaniał się ku ujęciu każdorazowego prawa właściwego dla dziedziczenia w wypadku czynności objętych zakresem zastosowania art. 8 ust. 1 pkt. 4<sup>25</sup>. Sugerowano następujące brzmienie przepisu:

---

<sup>25</sup> Projekt omawianej ustawy – zob. druk sejmowy 992.

Nie wymaga uzyskania zezwolenia (...) nabycie przez cudzoziemca nieruchomości, jeżeli w dniu nabycia jest uprawniony do dziedziczenia ustawowego po zbywcy nieruchomości, a zbywca nieruchomości jest jej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem co najmniej 5 lat; przepis art. 7 ust. 2 zdanie drugie stosuje się<sup>26</sup>.

Ostatecznie jednak zdecydowano się ustalać pozostawanie w kręgu dziedziczenia osób dokonujących transakcji *inter vivos*, co należy uznać za wielce zasadne, każdorazowo na podstawie prawa polskiego. W ten sposób wyeliminowano możliwości spekulacyjne w tym zakresie. Odbłyło się to po dyskusjach na ten temat – na posiedzeniach łączonych Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych oraz Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 16 listopada i 1 grudnia 2016 r. *In fine* na posiedzeniu plenarnym Sejmu w dniu 2 grudnia 2016 r. poprawka zapobiegająca spekulacyjnemu lokowaniu zbywcy nieruchomości (przedłożona przez posła Tomasza Rzymkowskiego) zyskała akceptację wymaganej większości posłów. Tym samym ostatecznie przepis ten zyskał brzmienie:

Nie wymaga uzyskania zezwolenia (...) nabycie przez cudzoziemca nieruchomości, jeżeli w dniu nabycia jest uprawniony do dziedziczenia ustawowego w rozumieniu prawa polskiego po zbywcy nieruchomości, a zbywca nieruchomości jest jej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem co najmniej 5 lat.

Zapobieżenie tej kwestii okazało się tym samym możliwe właściwie za pośrednictwem jednego najważniejszego zwrotu („w rozumieniu prawa polskiego”)<sup>27</sup>, który został ostatecznie dodany do projektowanego rozwiązania. Ustawodawca na szczęście okazał się racjonalny – a w każdym razie nie zdecydował się na promowanie podróży – szczególnie tych fikcyjnych w dzisiejszych jakże wirtualnych czasach.

---

<sup>26</sup> Artykuł 7 ust. 2 odnosi się do spadkobrania nieruchomości. Sugerowano jednocześnie ze zmianą art. 8 ust. 2 zmianę artykułu 7 ust. 2 i nadano mu następujące brzmienie: „Przepisów ustawy nie stosuje się do nabycia nieruchomości w drodze dziedziczenia lub zapisu windykacyjnego przez osoby uprawnione do dziedziczenia ustawowego. Jeżeli prawo właściwe dla dziedziczenia nie przewiduje dziedziczenia ustawowego, do oceny, czy nabywca nieruchomości jest osobą uprawnioną do dziedziczenia ustawowego, stosuje się prawo polskie”. Taką treść art. 7 ust. 2 ostatecznie ustalono.

<sup>27</sup> Ponadto usunięto ostatnią część projektowanego zdania – straciła ona bowiem sens wobec przyjętej treści (wykluczono ocenę stosunku dziedziczenia w kontekście obcego prawa – tym samym nie powstał problem ewentualnego braku dziedziczenia ustawowego w świetle takiego prawa).